

la patria potestad ejercida por adolescentes, en el marco de su capacidad relativa y la ambigüedad semántica de la norma que la regula

Eje temático:

Mesa: número 12 – Organización social del cuidado infantil en América Latina

Mónica Cecilia Montoya Escobar

Corporación Universitaria Remington

RESUMEN

La patria potestad ejercida por progenitores adolescentes es el tema esencial de este estudio con ocasión de la ambigüedad semántica de la que adolece la legislación nacional en la materia, pues no da certeza de si cuando referencia la palabra *padres*, incluye o no a los adolescentes en el ejercicio de la patria potestad.

El propósito es entonces aportar elementos de análisis y motivación a nuestro tribunal constitucional, o al legislador, en aras de proferir una sentencia interpretativa o acogerse a una reforma legislativa, con fundamento en el abordaje de las normas y sentencias en el ámbito nacional, así como los aspectos más relevantes en materia de patria potestad y de su ejercicio en la legislación chilena, salvadoreña y boliviana, países que contribuyen al problema planteado desde tres situaciones polares, pero posibles así: en Chile los padres adolescentes tienen suspendido el ejercicio de la patria potestad hasta la mayoría de edad. En El Salvador se les reconoce el ejercicio de la autoridad paterna, pero no de la patria potestad y en Bolivia ostentan a plenitud la patria potestad. Además estas tres legislaciones se circunscriben al contexto latinoamericano en clave de afinidad normativa.

PALABRAS CLAVES

Patria potestad, capacidad, ambigüedad semántica, paternidad, maternidad, adolescencia.

ABSTRACT

Parental authority is exercised by teenage parents the essential theme of this study, during the semantic ambiguity that lacks national legislation on the subject, it does not give certainty whether the word when referring parents, included or not, teenagers in the exercise of parental authority.

The purpose is then to provide elements of analysis and motivation to our constitutional court or the legislature, in order to proffer an interpretative judgment or benefit from a legislative reform, based on the approach of the rules and decisions at national and the most relevant aspects concerning parental rights and their exercise in Chilean legislation, Salvadoran and Bolivia, countries that contribute to the problem from three different polar situations, but possible as well: teenage parents in Chile have suspended the exercise of parental authority until adulthood. In El Salvador, they are entitled to exercise parental authority, but not custody. And in Bolivia, fully hold parental authority; also going beyond the Latin American context affinity key rules.

KEYWORDS

Parental authority, capacity, semantic ambiguity, fatherhood, motherhood, adolescence.

INTRODUCCIÓN

Los derechos que constituyen la patria potestad tienen un marcado componente patrimonial y se establecen en aras de la protección del hijo de familia, estos son: la representación legal del hijo, el usufructo y la administración de ciertos bienes.

En este artículo se aborda la situación de los padres adolescentes en ejercicio de los derechos referidos, teniendo en cuenta que aquellos adolecen de capacidad plena de ejercicio y que la normativa nacional en la materia no permite establecer el alcance de la palabra *padres* dentro de las formulaciones que tienen que ver con la patria potestad, pues no hay claridad para el intérprete si es incluyente o excluyente respecto de su ejercicio por padres adolescentes.

En efecto, desde el ordenamiento jurídico colombiano no se tiene certeza de si los adolescentes, siendo padres, pueden o no ejercer patria potestad sobre sus hijos. Dos razones sustentan esta problemática situación: la primera es que la normativa en la materia corresponde a aquellas de textura abierta, es decir, que las palabras que hacen parte de la formulación normativa son genéricas y abstractas, según Hart (1963), lo que la hace ambigua semánticamente. Se cita como ejemplo, el artículo 288 del Código Civil Colombiano (en adelante C.C.C.), que define la “patria potestad como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

La segunda razón es que los adolescentes en Colombia son incapaces relativos y por tanto no tienen plena capacidad de ejercicio frente a sus propios actos, lo cual hace dudar, sobre si podrán ejercer los derechos de la patria potestad que tienen un tan marcado contenido económico.

Dicha situación remite a plantearse el siguiente interrogante: ¿Pueden ejercer los adolescentes patria potestad sobre sus hijos, siendo relativamente incapaces, y las normas que regulan la materia, semánticamente ambiguas?

Para acercarse a la respuesta se pretende contrastar la normativa nacional con algunas legislaciones latinoamericanas, con el fin de determinar el tratamiento de la patria potestad y su ejercicio por adolescentes en otras latitudes, y si dicha constatación permite plantear lineamientos generales de inclusión de los adolescentes en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos en Colombia.

Dichos lineamientos se pueden sustentar en el concepto de capacidad que consagra la Ley 1098 de 2006 que no tiene que ver con la aptitud para celebrar actos y negocios jurídicos, como lo plantea el C.C.C., sino por el contrario, con la aptitud para que los niños, niñas y adolescentes sean *sujetos titulares de derechos* y de la protección correspondiente.

1. CONCEPTUALIZACIÓN NECESARIA

1.1. Antecedentes

La patria potestad surgió como una institución propia del derecho romano y es por ende, de las instituciones más antiguas de nuestro ordenamiento. Llamada así con base en la posición privilegiada, absoluta y permanente que ostentaba el *pater familias* o jefe del hogar doméstico respecto de los hijos y hasta de su mujer, pues tenía al mismo tiempo patria potestad y potestad marital.

En ejercicio de esa inmensa soberanía y autoridad doméstica, podía el varón determinar a su arbitrio la suerte de su descendencia, desheredarlos -sin tener que expresar causa alguna para tal acto (Corte Constitucional, 2008) -, incluso, disponer de sus vidas y de su patrimonio, del cual era el único y soberano titular.

Con la Ley 153 de 1887, la patria potestad pasó de ser una ventaja exclusiva del progenitor varón, a convertirse en un instrumento de protección a los hijos haciéndose extensiva a la madre, pero de manera residual, es decir, solo la ejercería a falta de padre y cumpliendo con dos requisitos: que observara buena conducta y que no contrajera segundas nupcias, es decir, que mantuviera su estado de viudez.

Luego, la Ley 45 de 1936 le otorgó a la madre extramatrimonial la titularidad de la patria potestad sobre sus hijos no reconocidos, pero sin perjuicio de que el juez, a petición de parte, pudiera atribuírsela al padre o poner al hijo bajo guarda, lo cual continuaba limitando el ejercicio a la progenitora.

Finalmente el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2820 de 1974 en su artículo 24, dan por terminada la discriminación, ampliando a la madre el derecho a la patria potestad, sin restricción alguna, no de manera subsidiaria sino conjunta, sin importar el estado civil de hijo matrimonial o extramatrimonial que se ostentara, o si compartían o no con los padres unidad de residencia.

Gracias a la normativa en análisis, este “derecho–deber” se sostiene, al día de hoy, en clave de igualdad material entre sus titulares*, con artículo 288 del C.C.C., modificado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, que define la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Con esto, los padres tienen la posibilidad de administrar, usufructuar los bienes y representar a aquellos de sus hijos que se encuentren en situación de minoridad y no estén emancipados o sean mayores de edad en interdicción por discapacidad mental absoluta, de acuerdo al artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante C.I.A.) y al artículo 26 de la Ley 1306 de 2009, que hacen referencia a la patria potestad prorrogada.

Estima nuestro Tribunal Constitucional (Corte Constitucional, 2010 A) que este conjunto de derechos sirve para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Además señala que estos derechos y facultades únicamente se conceden a los padres, en razón de las importantes obligaciones a ellos asignadas (Corte Constitucional, 2007), que la institución es obligatoria, irrenunciable, personal e intransmisible (Corte Constitucional, 2004 A), salvo que la ley prive a los progenitores de ella o los excluya de su ejercicio, lo cual significa que ni la titularidad, ni el ejercicio de la patria potestad, puede ser atribuido, modificado,

* A excepción del padre o madre nombrado tal en juicio contradictorio, que no sería titular y mucho menos podría ejercer la patria potestad, de conformidad con el artículo 62 del Código Civil, norma que al día de hoy ha sido complementada por la Corte Constitucional Colombiana (2010). Sentencia C-145. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, con la cual se declara exequible la expresión “*no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio*”, siempre que se entienda que, en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad y de impugnación de la paternidad o maternidad, le corresponde al juez del proceso, en cada caso concreto, determinar a la luz del principio de interés superior del niño y de las circunstancias específicas en que se encuentren los padres, si resulta benéfico o no para el hijo que se prive de la patria potestad y del ejercicio de la guarda, al padre o madre que es declarado tal en juicio contradictorio.

regulado o extinguido por la voluntad de las partes (Corte Constitucional, 2004 B), pues son normas de orden público.*

1.2. De la patria potestad a la potestad parental

El consenso de autores como Serrano (2007), Medina (2008), Montoya (2010), Parra (2008) y de la doctrina constitucional (Corte Constitucional 1996, 2000 A, 2004 C, 2006 A, 2007), es hablar al día de hoy de potestad parental y no de patria potestad, pues la primera conceptualmente es más amplia y correlativa en términos de derechos y obligaciones que la segunda, la cual ha quedado materialmente modificada, no solo por la Constitución Política de 1991 al establecer la unidad y armonía familiar en su artículo 42 y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella en el artículo 44 (lo que se traduce en prodigarle amor y cuidado personal, a más de su establecimiento y asistencia), sino también por el Código de la Infancia y la Adolescencia (2006) en su artículo 23 al estatuir el derecho “a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para el desarrollo integral.”

Lo anterior significa que el término potestad parental supera la versión anterior de la patria potestad que reflejaba la discriminación que padecía la madre frente al ejercicio de sus derechos y obligaciones filiales al interior del seno familiar y se convierte en el fundamento ontológico del “derecho al desarrollo familiar de los hijos” (Lafont, 2007, p. 474).

Con todo, no se puede dejar de lado el concepto Responsabilidad Parental, que introdujo el artículo 14 inciso 1° de la Ley 1098 de 2006, considerándola complemento de la patria potestad, la cual implica crianza, educación y corrección de los hijos durante su proceso de

* Artículo 6 del Código de Procedimiento Civil. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento y, en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.

formación y hasta su establecimiento.* Figura que no parece ser la misma Autoridad Paterna a la que refieren (sin lograr definirla) algunas normas de nuestra legislación civil** porque esta involucra la obligación recíproca de respeto y el deber de obediencia del hijo para con sus padres, mientras que aquella, solo contempla deberes de los padres para con los hijos.

Aun así, en el desarrollo de este escrito se continuará hablando de patria potestad, por dos razones: la primera es que interesa rescatar el elemento material y patrimonial que componen sus responsabilidades y la posibilidad de que los progenitores adolescentes puedan ejercerlas, y la segunda, por no generar confusión, pues algunos tratadistas como Valencia (1997), le dan tratamiento genérico a la potestad parental, es decir, que incluyen dentro del concepto las relaciones de orden personal y patrimonial al mismo tiempo.

Otras figuras relacionadas con el tema de estudio

1.3. Minoridad – Adolescencia. Para Lafont (2007), la minoridad es aquel estado jurídico del ser nacido que no ha alcanzado la edad requerida para poder actuar por sí mismo de manera plena. En tanto, a la luz del artículo 1502 del C.C.C. (1887A), la minoridad ha sido concebida, específicamente, respecto del establecimiento o no de la capacidad para celebrar directamente actos y negocios jurídicos; y en términos de edad, son los 18 años el rango que determina la capacidad suficiente para que el sujeto se autorregule, de conformidad con la Ley 27 de 1977.

Retomando el tránsito normativo de la minoridad, se tiene que el artículo 34 del estatuto referido llamaba infante o niño al menor de siete años; impúber al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce; adulto al que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, al que ha cumplido 18 años, y menor de edad, o simplemente menor, al que no ha llegado a cumplirlos.

Posteriormente, la Corte Constitucional (2005) en Sentencia C- 534 declara inexecutable algunos apartes del referido artículo, ratifica que la integración normativa del artículo 34 del

* Véase artículo 413, inciso 3 del Código Civil Colombiano.

** Véanse artículos 250 y s.s. del Código Civil Colombiano.

C.C.C. (1887 A) queda circunscrita únicamente a lo referente a la capacidad legal y a la nulidad de actos jurídicos en materia negocial y equipara la edad para los impúberes – independiente de su sexo-, de 0 a menos de 14 años y para los púberes de 14 a menos de 18 años.

Al día de hoy, con la entrada en vigencia de la Ley 1306 de 2009 por la cual se dictan normas sobre protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, el artículo 34 en comento fue modificado parcialmente, así:

Artículo 53: (...) Parágrafo. Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 30 del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto. Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años tanto para los varones como para las mujeres. (p. 2)

En conclusión: los impúberes son actualmente los niños y las niñas de cero a 12 años, mientras que los púberes son los adolescentes de los 12 a menos de 18 años.

1.4. Capacidad de obrar. De una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

A tenor del artículo 1503 del C.C.C. (1887 A), la capacidad constituye la regla general, en tanto la excepción es la incapacidad (la Corte Constitucional (2010 B) en Sentencia C-008, estima que la incapacidad es una figura que se encamina a destacar que quienes participan en una actividad pueden estar eventualmente en posiciones desiguales respecto de las condiciones que *a priori* exigen algunas actividades que generan consecuencias jurídicas patrimoniales; he ahí la importancia de retomar la clasificación de la edad para efectos de determinar la incapacidad absoluta de los niños y niñas (infantes e impúberes) y la relativa de los adolescentes (menores adultos o púberes) para obrar y celebrar actos* y negocios jurídicos a la luz del artículo 1504 del Código Civil Colombiano.

* Actos que fueron enlistados cuando se abordó el tema de la representación legal

No obstante lo anterior, para Lafont (2007), existe un tratamiento distinto de la capacidad en la Ley de Infancia y Adolescencia a tenor de los artículos 2º y 3º, que no tiene nada que ver con la capacidad para celebrar actos y negocios jurídicos, sino para ser “*sujetos titulares de derechos*” y de la protección correspondiente. Kemelmajer (2007) teorizando sobre la constitucionalización directa, concuerda con la mirada de Lafont (2007), indicando que el concepto de persona ya no se determina en esencia por la capacidad, sino por la titularidad de derechos fundamentales.

1.4.3 Ambigüedad semántica. Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados; esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos y el intérprete no encuentra cuál de sus sentidos (incertidumbre) debe ser el empleado en la situación concreta (Mendonca, 2008).

En el caso de estudio, la normativa nacional en materia de patria potestad y su ejercicio no es clara al establecer el alcance de la palabra *padres* dentro de las formulaciones que la consagran (como por ejemplo: los artículos 288 al 315 del C.C.C. (1887 A), los artículos 24 al 42 del Decreto 2820 de 1974, el artículo 27 de la Ley 982 de 2005, entre muchos otros), porque todas hacen relación a la patria potestad. Es decir que son contentivas de la palabra *padres* y no detallan ni dan certeza al intérprete si se está incluyendo a los padres adolescentes.

La situación narrada tiene origen lingüístico y estrictamente semántico, es decir, que la palabra contenida en la formulación se entiende de diferentes formas. Esto es lo que se conoce como normas de textura abierta por la condición genérica y abstracta de sus palabras.

Para Hart (1963), la textura abierta del derecho implica que las palabras del legislador se componen de una zona focal clara que no amerita discusión en el significado, y otra zona que da libertad al intérprete para hacer variadas interpretaciones de la misma o sus alcances. Esto no es otra cosa que indeterminación jurídica, denominada desde la terminología del citado autor “intersticios del derecho”. De igual forma, Ródenas (2010) concibe en cada texto normativo una zona de certeza y una zona de penumbra en la que el intérprete puede asumir la duda como el espacio o margen de discrecionalidad que el legislador deja abierto para que decida si el caso individual se halla incluido en el caso genérico, o bien queda excluido.

Al respecto, Dueñas (2009, p. 57) hace referencia a que las normas abiertas admiten una lectura dúctil con base en lo cual se podría aseverar que si el legislador o las altas cortes no han desestimado el alcance normativo de las formulaciones en la materia, es porque los progenitores adolescentes están incluidos dentro del genérico convencional *padres*, siguiendo simplemente el principio de interpretación: *donde el legislador no distingue, no le es dado al intérprete distinguir*, máxime si se tiene en cuenta que desde la época de la promulgación de las normas sobre patria potestad - Ley 57 de 1887 -, se han modernizado conceptos como procreación, familia y uniones erótico-afectivas en términos de formalismo, edad, sexo, etc., siendo obligatorio en aras de una regulación en igualdad, construir un discurso incluyente que no amerite ni siquiera la explicitud.

Sin embargo, cuando se concuerda esta normativa con las reglas relativas a la capacidad legal del sujeto púber, se genera inmediatamente un conflicto complicado de conciliar pues como se expuso anteriormente, la condición de minoridad de este le limita inmediatamente el pleno ejercicio de sus propios derechos. Igual suerte correrían, aparentemente, los derechos parentales respecto de su descendencia, ya que solo se le reconocería el ejercicio de ciertos actos desde las reglas propias de la capacidad relativa; contrario a lo que ocurre con el padre adulto que puede (sin más condiciones que las impuestas por ley) representar a su hijo, administrar y usufructuar algunos* de sus bienes y por su puesto ejercer a plenitud la autoridad paterna.**

Con lo anterior hago referencia a la presunción de inmadurez establecida por el legislador que puede limitarles el ejercicio de las relaciones filiales con sus hijos; pues dicha presunción no admite ser desvirtuada por ninguna razón, mientras se ostente la calidad de adolescente, esto es, hombres y mujeres de 12 a menos de 18 años.

2. HALLAZGOS NORMATIVOS EN COLOMBIA

* Ver artículo 291 del C.C.C. (1887 A).

** Ver artículos 250 y s.s. del C.C.C. (1887A).

La paternidad y maternidad en adolescentes ha sido objeto de estudio de disciplinas como la psicología, sociología, medicina y trabajo social (De La Cuesta, 2002). Pero son escasas las fuentes jurídicas en el ámbito nacional, que abordan los efectos legales del ejercicio de dicha progenitura cuando de titularidad por adolescentes se trata.

De la búsqueda adelantada, se rescatan algunos pronunciamientos legislativos y jurisprudenciales que aunque hacen referencia a la entrega de un hijo en adopción, se relacionan con el ejercicio de la patria potestad, pues dicha entrega la lleva a cabo un sujeto púber.

2.1 Análisis de las normas encontradas

2.1.1 Decreto 2737 de 1989. (Derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos, que siguen vigentes). Téngase en cuenta que el fundamento ontológico del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, fue la doctrina de la situación irregular, es decir, considerar al menor como objeto de protección por su incapacidad y disfuncionalidad, en tanto el actual Código de Infancia y Adolescencia, no los ubica como objetos de protección sino sujetos de derechos que merecen un tratamiento positivo e integral (Mantilla, 2008).

La referida norma, consagraba en su artículo 94 el consentimiento para la adopción, así:

Artículo 94. La adopción requiere el consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, o el de uno de ellos a falta del otro, manifestado personalmente ante el defensor de familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción.

... El consentimiento del padre o madre menor de edad tendrá plena validez si se manifiesta con las formalidades señaladas en el inciso anterior.

El inciso 2º del citado artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional (1995 A) en Sentencia C- 562 del 30 de noviembre. La demanda se fundó en el argumento de que el consentimiento otorgado por los padres menores de 18 años para entregar un hijo en adopción no

podía ser válido por violar el artículo 44 de la Constitución Política que establece como derecho fundamental de los niños: "tener una familia y no ser separados de ella."

El Tribunal refutó lo demandado señalando que, precisamente, la finalidad de la adopción es la de dar a un niño un hogar adecuado y estable, así no sea bajo la órbita de aquellos que comparten su sangre. Y que, el inciso primero del 44 del estatuto referido, otorga valor jurídico a la libre opinión del menor, que tratándose de padres púberes se expresa con la asistencia del defensor de familia, cuya presencia garantiza una decisión consciente, libre y responsable por parte del menor adulto.

En lo atinente a la patria potestad y su ejercicio, manifestó la Corte lo siguiente:

Es verdad que los padres menores adultos no ejercen la patria potestad sobre sus hijos, pues no puede ejercerla quien no es plenamente capaz. Si se trata de un padre casado, él se habrá emancipado legalmente por el hecho del matrimonio; pero el emanciparse solamente le libera de la patria potestad, pero no le hace plenamente capaz. Y si se trata de padres menores adultos que no han contraído matrimonio, no se han emancipado legalmente, pues su calidad de padres no trae consigo esta consecuencia.

Pero el que los menores adultos no ejerzan la patria potestad de conformidad con nuestra ley, no impide al legislador otorgarles la capacidad para un acto civil como el previsto en el inciso segundo del artículo 94 del Código del Menor. (Corte Constitucional, 1995 A)

De lo anterior se colige que la línea que presenta la sentencia resulta anacrónica con respecto al artículo 94 del Decreto 2737 de 1989 (nótese que la primera fue proferida en vigencia del segundo), cuando indica que aunque los menores adultos no ejercen patria potestad, sí pueden dar un hijo en adopción, pues ya el Decreto precitado, había determinado como requisito para la entrega en adopción, el consentimiento previo de quienes ejercen patria potestad.

Y si se comparte el criterio que, de forma paradójica, desarrolla la sentencia referida, de que solo a la ley le corresponde la determinación "de lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes" (Corte Constitucional, 1995A), resulta claro que respecto

de la capacidad, la filiación y los derechos y obligaciones que se surgen de su establecimiento (como la titularidad y ejercicio de la patria potestad), el artículo 94 del Decreto en estudio, ha derrotado el criterio constitucional en este caso.

Es decir, prevalece lo establecido en la norma pues la sentencia va en contravía de lo estipulado por ley y de lo que está relacionado directamente con el Estado Civil.

2.2 Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia. En materia de consentimiento para la adopción, la Ley 1098 consagra en el artículo 66, lo siguiente:

Artículo 66. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público. (Congreso de la República, 2006, p. 16)

Se reitera que esta Ley fue la que derogó el Decreto 2737 de 1989 y sigue la tendencia planteada por el legislador desde aquella época, por ende, a la luz de la Ley 1098 de 2006, los padres adolescentes ejercen patria potestad sobre sus hijos, y en específico la representación legal que les otorga el poder de entregarlo en adopción.

2.3 Otras fuentes en el nivel nacional. Doctrinantes como Montoya (2010) señalan que ante la carencia de norma, debe analizarse el contenido de la figura, esto es, reiterar que la potestad parental se traduce en administrar y en usufructuar los bienes del hijo de familia y en representarlo. Considera indudable que los padres menores de edad tengan derecho a recibir el usufructo de los bienes de sus hijos, pero en materia de representación y administración, solo podrán llevar a cabo actos propios de conservación de los activos, porque no tienen capacidad para gestionar actos de disposición de bienes.

Por su parte, Medina (2008) manifiesta que los menores son incapaces relativos que requieren de alguien que los represente legalmente. Por ello, el hijo menor adulto no puede ejercer la patria potestad (ni la guarda) de sus propios hijos. Aunque sí le correspondería la toma de decisiones relativas al cumplimiento de los deberes para con su descendencia (suponemos que se refiere a la autoridad paterna – artículo 250 y s.s. del C.C.C.). Señala además que esta facultad puede traer conflictos con su guardador (que tendrá si está casado y por ende emancipado) o con su propio padre (si se trata de un padre extramatrimonial), porque si bien el guardador y el padre no tienen capacidad de decisión, sí tienen el manejo del dinero y demás bienes con los que se cumplen los deberes. Considera el autor que las discrepancias que no se arreglen por mutuo consenso, se someterán a los jueces para su decisión, para lo cual sí reconoce en el menor adulto plena capacidad procesal.

3. HALLAZGOS NORMATIVOS EN ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

En vista del vacío normativo y doctrinal que se ha detectado en Colombia, se analizarán los aspectos más relevantes en materia de patria potestad y de su ejercicio por adolescentes en la legislación chilena, salvadoreña y boliviana, pues se tiene antecedentes de que en estos países ha habido pronunciamientos respecto del tema con el enfoque del padre adolescente.

3.1 Chile:

La patria potestad será ejercida por el padre o la madre (mayores de edad) o ambos conjuntamente. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad. A partir de 1998 se le concede a la madre el ejercicio de la patria potestad, pero por

convención o acuerdo con el progenitor. Se evidencia un rastro de discriminación hacia la madre que no puede *per se* ejercer sus derechos, pues cuando no hay acuerdo con el padre en su ejercicio, será este quien la ejerza en su totalidad. Así, la patria potestad en cabeza de la madre sigue siendo residual. Si se trata de púberes, se les suspende de pleno derecho la patria potestad. Así, si un padre es menor, la ejerce el otro, y si ambos lo son, el hijo queda sujeto a tutela.

3.1 El Salvador: los padres púberes en el Salvador (varón de 14 a menos de 18 años y mujer de 12 a menos de 18 años, artículo 26 del Código Civil Salvadoreño) sólo ostentan el elemento personal y subjetivo de la autoridad parental: crianza del hijo, proporcionarle un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlo de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad.

3.2. Bolivia. en Bolivia no se habla de patria potestad sino de autoridad de los padres. Frente al ejercicio de la patria potestad por sujetos púberes, se encuentra el artículo 255 C.F.B. que establece:

Artículo 255. La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tiene la guarda de los hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad o el reconocimiento hecho por ella sea de fecha posterior al del padre, a no ser que el hijo haya sido entregado a este último o haya quedado de otra manera en su poder.

No obstante, el juez, atento el interés del hijo, puede confiar la guarda de éste al padre, y aún entregarle en tutela a otra persona, prefiriendo a los parientes más próximos.

Es decir que la madre púber en Bolivia (la Ley 2026 de 1999 - Código del niño, niña y adolescente en su artículo 2 habla de adolescentes, no de púberes, y los ubica en un rango de edad de 12 a menos de 18 años, independiente si se es hombre o mujer) ostenta la autoridad sobre sus hijos, y todo lo que ella compone, sin que se logre deducir con claridad si el padre, menor de edad también está facultado para su ejercicio.

EN SÍNTESIS

Desde su origen, la normativa nacional referida a padres en ejercicio de la patria potestad (Ley 153 de 1887), no se gestó incluyente respecto de los adolescentes, por las siguientes razones: a. La palabra adolescente no existía; solo el concepto de impúber y púber, clasificación que se otorgaba a los sujetos por su posibilidad de engendrar, b. En materia de procreación, solo se establecía como consecuencial al matrimonio. c. El matrimonio era la vía expedita y legítima para procrear, y este acto solo era permitido para celebrarse con plena libertad entre sujetos entre 18 y 21 años. También se contemplaban embarazos precoces y extramatrimoniales, desde la ilegitimidad, pero no como regla general.

La legislación colombiana en materia de patria potestad y paternidad adolescente, evidentemente carece de certeza y explicitud, generando disparidad de criterios, errores e irregularidades en los falladores al momento de tomar decisiones frente a los casos que se presentan día a día, y poniendo en riesgo la seguridad jurídica que el legislador siempre ha querido proteger en interés de los niños, niñas y adolescentes como sujetos prevalentes.

Las modificaciones normativas que se han gestado en este campo, no han abordado el tema de la edad de los padres en ejercicio de la patria potestad, pese a que esta problemática tiene grandes connotaciones no solo jurídicas sino también sociales, pues una de las múltiples funciones del derecho es según Soriano (2005), la estabilidad de las relaciones sociales. Parece que el legislador colombiano olvida que las circunstancias sociales se modifican, al punto de que

los hombres y mujeres se hacen padres cada vez más jóvenes, que la práctica de uniones tempranas se ha vuelto común en Colombia, y que jurídicamente, ya se permite la nupcialidad en adolescentes.

El análisis de la normativa latinoamericana, no aporta mayor claridad al tema en comento, pues no hay explicitud en el tratamiento de la problemática, ni criterios motivados que permitan establecer lineamientos de inclusión o exclusión para ser aplicados al caso colombiano.

Con base en el tratamiento que la Ley 1098 de 2006 da al concepto de capacidad (que no tiene que ver con la aptitud para celebrar actos y negocios jurídicos, como lo plantea el C.C.C.), sino con la aptitud para que los niños, niñas y adolescentes sean *sujetos titulares de derechos* y de la protección correspondiente, el alto tribunal constitucional puede proferir una sentencia interpretativa, donde se especifiquen lineamientos expresos que incluyan a los padres adolescentes en el ejercicio de la patria potestad, así como los hay para el adolescente en su condición de incapaz relativo, frente a actos y negocios jurídicos.

RECOMENDACIONES

Los siguientes, son lineamientos generales con los que se puede contar al momento de listar los actos permitidos para el padre adolescente en ejercicio de su rol y de la patria potestad:

1. Reconocer la titularidad de la patria potestad en cabeza de los padres adolescentes una vez quede establecida legalmente la paternidad y la maternidad, independiente de si tienen 12 años o más.
2. Conceder el ejercicio de la patria potestad a los padres adolescentes a partir de los 14 años, en clave de coherencia con la edad que habilita a los adolescentes para contraer nupcias en Colombia. De suerte que si un adolescente se hace padre o madre, entre los 12 años y menos de 14 años, se le deba nombrar un curador (si ya está emancipado) o sea representado por sus padres mientras cumple los 14 años, para ejercer los actos que la ley le permita en ejercicio de la patria potestad.
3. En ejercicio de la patria potestad, el padre o madre adolescente podrá representar extrajudicialmente a su hijo, en actos como:
 - Permiso de salida del país

- Delegación de la representación extrajudicial en cabeza del otro padre
- Solicitar audiencia para conciliar alimentos, cuidados personales, visitas y acudir a la diligencia en representación de su hijo
- Llevar a cabo la representación judicial de su hijo en materia de alimentos, cuidados y visitas

4. Administración del peculio industrial del hijo, como consecuencia de la posibilidad que tiene de administrar y usufructuar su propio peculio profesional. En ocasión de dicha administración, el púber podrá realizar actos de mera conservación o administración de los bienes de su hijo, según Colin, A. (2002), estos se hacen en provecho del patrimonio y tienen por objeto evitar que el mismo sufra una pérdida inminente. Así por ejemplo: el cobro de cánones de arrendamiento, la venta de cosechas (cuando puedan perderse), interrupción de una prescripción, interponer un recurso cuando los plazos estén a punto de expirar (Serrano (2007, 172).

7. Tener el derecho a los frutos que los bienes del hijo produzcan.

En síntesis, conceder al padre adolescente el ejercicio de la representación legal del hijo en casos expresos como los antes citados, otorgarle la posibilidad de administrar el peculio industrial de su hijo sin que con ello se le conceda disposición, y permitir que el padre, perciba los frutos de los bienes de los hijos en su totalidad.

Frente a los demás actos y negocios jurídicos, el padre adolescente deberá estar representado por un curador o si aún es hijo de familia, estará representado por sus padres. No significa ello, que los abuelos ostentarán la patria potestad sobre sus nietos. Simplemente, ejercerán labor de representantes sobre todo en los actos que impliquen disposición, en tanto los adolescentes cumplan la mayoría de edad.

REFERENCIAS

Angarita, J. (2005). *Lecciones de Derecho Civil*. Bogotá: Ed. Temis.

Asamblea Legislativa. (1859). *Código Civil del 23 de agosto*. El Salvador. Consultado en: www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf, el 11 de noviembre de 2012.

Asamblea Legislativa. (1988). *Ley No 996, Código de Familia concordado de la República Boliviana*. Bolivia. Consultado en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3db9287c4.pdf>, el 12 de noviembre 2012.

Asamblea Legislativa. (1993). *Decreto Legislativo No 677 - Código de la familia*. El Salvador. Consultado en: www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf, el 11 de noviembre de 2012.

Asamblea Legislativa. (1999). *Ley No 2026, Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente*. Bolivia. Consultado en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3db925ca2.html>, el 11 de noviembre 2012.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Consultado en: www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf, el 3 de enero de 2013.

Congreso de la República (1887a). *Ley No 57 por la cual se expide el Código Civil*. Colombia. Consultado en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html, el 12 de noviembre 2012.

Congreso de la República (1887b). *Ley 153 por la cual se adiciona y reforma la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Colombia. Diario Oficial No. 7151 y 7152 de agosto 28 de 1998.

Congreso de la República. (1930). *Ley No 67 por la cual se dictan reformas al Código Civil*. Colombia. Consultado en:

<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/LEYES/LEY%2067%20DE%201930.htm>, el 12 de noviembre 2012.

Congreso de la República (1936). *Ley 45 sobre reformas civiles - filiación natural*. Colombia. Diario Oficial No. 23.147 de 30 de marzo de 1936.

Congreso de la República (1968). *Ley 75 por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Colombia. Consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>, el 3 de enero de 2013.

Congreso de la República. (1977). *Ley No 27 por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años*. Colombia. Consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4965>, el 12 de noviembre 2012.

Congreso de la República. (2005). *Ley No 982 por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones*. Colombia. Consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0982_2005.html, el 12 de noviembre 2012

Congreso de la República. (2006). *Ley No 1098 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Colombia. Consultado en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46d68ac12.html>, el 12 de noviembre de 2012.

Congreso de la República. (2009). *Ley No 1306 por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados*. Colombia. Consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1306_2009.html, el 12 de noviembre 2012.

Congreso Nacional. (1998). *Ley No 19.585*, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Chile. Consultado en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366#top>, el 11 de noviembre de 2012.

Corredor, J. (2008). *Conflictos en el Derecho de Familia y su Vivencia en la Práctica Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Corte Constitucional (1992). *Sentencia T-523*. M.P. Angarita Barón, C. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-523-92.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1993a). *Sentencia T-413*. M.P. Gaviria Díaz, C. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-413-93.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1993b). *Sentencia T-500*. M.P. Arango Mejía, J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-500-93.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1993c). *Sentencia C-344*. M.P. Arango Mejía, J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-344-93.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1994a). *Sentencia T-278*. M.P. Herrera Vergara, H. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1994b). *Sentencia T-339*. M.P. Naranjo Mesa V. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-339-94.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (1995a). *Sentencia T-477*. M.P. Martínez Caballero, A. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-477-95.htm>, el 3 de enero de 2013.

- Corte Constitucional (1995b). *Sentencia T-608*. M.P. Morón Díaz, F. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-608-95.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (1995c). *Sentencia, C-562*. M.P. Arango Mejía, J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-562-95.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (1996). *Sentencia T-041*. M.P. Gaviria Díaz, C. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-041-96.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (1998). *Sentencia T-339*. M.P. Naranjo Mesa, V. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-339-98.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2000a). *Sentencia C-1264*. M.P. Tafur Galvis, Á. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1264-00.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2000b). *Sentencia T-497*. M.P. Martínez Caballero, A. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-497-00.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2004a). *Sentencia C- 1127*. M.P. Beltrán Sierra, A. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-1127-04.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2004b). *Sentencia C-912*. M.P. Sierra Porto, H. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-912-04.htm>, el 3 de enero de 2013.

- Corte Constitucional (2004c). *Sentencia C-227*. M.P. Cépeda, M.J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-227-04.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-534*. M.P. Sierra Porto, H. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-534-05.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2006a). *Sentencia T-953*. M.P. Córdoba Triviño, J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-953-06.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2006b). *Sentencia C-355*. M.P. Araujo Rentería, J. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2007). *Sentencia C-1003*. M.P. Vargas Hernández, C.I. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-1003-07.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2008). *Sentencia C-430*. M.P. Sierra Beltrán, A. C.I. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-430-08.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2009). *Sentencia T-388*. M.P. Sierra Porto, H.A. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>, el 3 de enero de 2013.
- Corte Constitucional (2010a). *Sentencia C-145*. M.P. Mendoza Martelo, G.E. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-145-10.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Constitucional (2010b). *Sentencia C-008*. M.P. González Cuervo, M. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-008-10.htm>, el 3 de enero de 2013.

Corte Suprema de Justicia (2010). *Expediente No. 52001 3110 001 2004 00072 01*. M.P. Munar Cadena, P. Consultado en: [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/21-05-10-%20\[5200131100012004-00072-01\].PDF](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/21-05-10-%20[5200131100012004-00072-01].PDF), el 3 de enero de 2013.

De la Cuesta, C. (2002). *Tomarse el amor en serio: contexto del embarazo en la adolescencia*. Medellín: Ed. Universidad de Antioquia.

Dueñas, O. (2009). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot.

Kemelmajer, A. (2010). *El Nuevo Derecho de Familia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Lafont, P. (2007). *Derecho de Familia – Derecho de Menores y de Juventud-*. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional.

Mantilla, A. (2008). *Infancia y Adolescencia: comentarios a la Ley 1098 de 2006*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Medina, J. (2008). *Derecho de Familia*. (V.1). Bogotá: Ed. Universidad del Rosario.

Mendonca, D. (2008). *Análisis Constitucional - Una introducción*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Monroy, M. (2011). *Derecho de familia y de Menores*. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional.

Montoya, G. (2010). *Las personas en el derecho civil*. (3ª Ed.). Bogotá: Leyer.

Parra, J. (2008). *Derecho de Familia*. (V.2). Bogotá: Ed. Temis.

- Parra, J. (2010). *Compilación de Maestría en Derecho*. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- Presidencia de la República (1974). *Decreto Ley No 2820 por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones*. Colombia. Consultado en: <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Leyes%20Mujer%20PDF/DECRETO%202820%20DE%201974.pdf>, el 12 de noviembre 2012.
- Presidencia de la República. (1989). *Decreto Ley No 2737 por el cual se expide el Código del Menor*. Colombia. Consultado en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_menor.html, el 12 de noviembre 2012.
- Ródenas, Á. (2010). *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas, Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Edilex.
- Rodríguez, M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Revista Ius et Praxis*. Consultado el 12 de noviembre 2012, en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art03.pdf>.
- Serrano, R. (2007, enero-junio). La Capacidad Negocial del Menor Adulto. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Consultado el 12 de noviembre 2012, de: redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73390107.pdf.
- Serrano, R. (2010, julio-diciembre). Modificaciones al Régimen de la Capacidad Humana en la Ley 1306 de 2009. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Consultado el 12 de noviembre 2012, de: revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/download/1039/937.
- Somarriva, M. (1963). *Derecho de familia*. Santiago de Chile: Ed. Nascimento.
- Soriano, R. (2005). *Las funciones sociales del derecho*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Valencia, A. (1997). *Derecho Civil. Parte general y personas*. Santa fe de Bogotá: Ed. Temis.